

P O R

DON RODRIGO AGVSTIN

de Varona, como marido de Doña Maria Prudencia de Vrbina Salazar y Tertanga, vezino de la Ciudad de Orduña.

Non fit transitus ex 1a linea ad 2am nisi finita fa. Et exceptione rei judicate qua extenditur & discurrit per totam lineam & omnes descendentes.

C O N

GASPAR DE MVRGA, COMO

padre, y legitimo adminiſtrador de Don Joſeph de Murga.

S O B R E

LA MEMORIA DE MISSAS, Y PATRONATO Real de Legos, que en la Igleſia de Nueſtra Señora la Patrona de dicha Ciudad de Orduña, fundò Juan de Tertanga Salazar.

1  ESTE PLEYTO SE HA declarado estàr acomulado el pleyto que en esta Chancilleria litigò, assi en el juizio possessorio, como en el de la propriedad, Don Diego de Vrbina, padre de Doña Maria Prudencia, como padre, y legitimo administrador de Don Diego Joseph de Vrbina, por cuya muerte, y vacante se ha subscitado este pleyto, en el qual se escriviò vna muy docta alegacion, que se ha entregado por Don Rodrigo Agustin de Varona à los Señores que tienen visto este pleyto; y porque en ella se halla juridicamente fundado, y abundantemente probado, que la Capellania litigiosa es vna Memoria de Missas, en que se debe succeder *ad instar Maioratus*, probando en el *numer.* 52. *y* 53. con el Señor Larrea, Mostaz. Card. de Luca, y otros AA. que las hembras son capaces de succeder en ellas.

2 Y assimismo se prueba, que la parte contraria en su confession apudacta, la observancia, y la decission del Tribunal de Cruzada califican deber succeder las hembras en la Memoria litigiosa, como el que Diego de Tertanga, executor, y testamentario del Fundador, no tuvo poder, ni facultad para alterar el llamamiento de las hembras, que expressamente dispuso el Fundador.

3 Y vltimamente se prueba la certeza de la Memoria que dexò el Fundador, en cuya clausula 2. llamò expressamente à los hijos, è hijas de Doña Antonia de Tertanga, y que fue insolemne, maliciosa, y viciosa, la redarguicion de falso, que se ha hecho por la parte contraria, con la ocasion de hallarse comida de ratones, y ahugereada.

4 Que es el caso que previno la *Ley* 114. *tit.* 18. *part.* 3. ibi: *E maguer tales Cartas, ò tales Privillejos fuessen viejos, ò desatadas algunas letras en ellos, ò fuessen roìdos de mures, ò de gusanos, ò de otra cosa, ò mojados de agua, solamente que se puedan leer, è tomar verdaderos entendimientos de ellos, non les*

les empeſce, è valen, aſsi como de ſuſo nombramos. Et facit text. in cap. inter dilectos de fide inſtrumentor.

5 Hallandoſe fundados todos eſtos puntos, que conducen, y ſe diſputan en el caſo preſente, eſcuſamos la repeticion, y ſolo añadirèmos lo que ha ocurrido en el pleyto, y nuevos fundamentos, que hazen manifieſta la juſticia de Don Rodrigo, y averſe diferido la ſuccesſion en Doña Maria Prudencia, ſin embargo de la ſentencia del Juez Mayor, de que ſe ha interpueſto con el remedio de la nulidad el de la ſuplicacion ordinaria, ſegun lo diſpueſto por la *Ley 4. titul. 17. lib. 4. Recopilat.*

6 Siendo el motivo que ſe ha alegado, con otros ſubſtanciales, el de la feſtinacion, por averſe viſto, y ſentenciado vn pleyto tan grave, y vn proceſſo de tanto volumen en las tres horas de vna Audiencia, que aun es mas breve que el exemplar que puſo Vancio *de nullit. ſentent. ex defect. proceſſ. numer.* 34. ibi: *Vndè ſi Iudici vna die proceſſus cauſæ ſeu magnum regiſtrum præſentaretur, & altero die pronuntiaret, ſententia tanquam cauſa non cognita, & actis non viſsis lata eſſet ipſo iure nulla, cum intra tam breve intervallum, & modicum temporis iuris præſumptione, quis non potuerit merita illius cauſæ videre, ac mature ſuper his conſiderare, & deliberare: id circo talis ſententia quaſi præcipitata, & prout præſumitur iniuſta admittenda non eſt, ſed tanquam nulla reijcienda, vt volluit Barth. &c.*

7 Fundaſe el derecho de Doña Maria Prudencia nuevamente en la Carta Executoria que obtuvo Don Diego de Vrbina ſu padre, como padre, y legitimo adminiſtrador de Don Diego de Vrbina ſu hijo, en el juizio poſſeſſorio que ſiguiò con la miſma parte, que es Gaſpar de Murga, como padre, y legitimo adminiſtrador de ſu hijo Don Joſeph, en que ſe declarò averſe transferido la poſſeſsion civil, y natural por miniſterio de la Ley Real, de la Memoria de Miſſas litigioſa, en Don Diego Joſeph de Vrbina, deſde la muerte de Doña Iſabel Maria de la Cantera y Tertanga ſu madre, de que ſe deſpachò Carta Executoria. Y aunque podiamos ha-

hazer fundamento de otra Carta Executoria en el juizio de propriedad, en que aviendo puesto demanda sobre ella la parte contraria, se le absolviò à Don Diego Joseph de Vrbina; y aviendo suplicado el mismo Gaspar de Murga en nombre de su hijo, concluso, y visto el pleyto muchos años ha, desistiò de èl, calificando el defecto de justicia con que litigaba, iuxta text. in Leg. 1. §. *fin. ff. ad Turpil.* iunct. D. Salgad. 4.*part. de Reg. protect. cap.* 2. *num.* 16.

8 No necessitamos de acomular Cartas Executorias por interpretacion, quando la tenemos literal para el juizio possessorio, que es el en que estàmos; pues sobre esto han sido los libelos, y à ellos debe corresponder la sentencia, Leg. *vt fundus commun. divid. capit. licèt æli de simon. cum vulgat.*

9 Hallase, pues, en el juizio possessorio de que dimanò aquella Carta Executoria, decidido todo quanto en este juizio possessorio de oy se questiona; porque se halla decidido el que los hijos, è hijas, nietos, y demàs descendientes de Doña Antonia de Tertanga tienen anterior llamamiento à los hijos, y descendientes de Joseph de Murga, y assi obtuvo en contradictorio juizio Don Diego Joseph de Vrbina, por ser nieto de Doña Antonia de Tertanga, y quedaron vencidos Gaspar, y Don Joseph de Murga, no obstante ser hijo, y nieto respectivè de Joseph de Murga.

10 Hallase, tambien, calificada para el juizio possessorio de cierta, y verdadera la Memoria cerrada que se ha tratado de redarguir de falsa, y consiguientemente desestimada la declaracion, interpretacion, ò nueva disposicion que hizo Diego de Tertanga; porque aviendose dado sentencia à favor de Don Diego Joseph de Vrbina, sa estimò por valida la referida Memoria en que se fundaba, y se desestimò la alteracion hecha por Diego de Tertanga, pues se desestimò la pretension de Gaspar de Murga, que se fundaba en este instrumento, iuxta text. in Cap. *suborta de sentent. & re iudicat.* & ea quæ docent D. Paz *de tenut. cap.* 32. *à num.* 28. Escob. *de puritat. sanguin.* 1.*part. quæst.* 13. §. 3. *per totum,*

D.

D.Valençuel. *conf.92. à numer.*8. Parej. *de instrument. edit. tit.7. resolut.* 12. Noguerol *allegat.* 27. *à num.* 12.

11 Vltimamente se halla decidido, el que las hembras descendientes de Doña Antonia de Tertanga Salazar, son capazes de succeder en la Memoria de Missas, ò Capellania Laycal litigiosa; y que deben ser preferidas en la succession à los descendientes de Joseph de Murga, porque en la sentencia que se diò à favor de Don Diego Joseph de Vrbina, no solo se determina, y decide averse transferido en èl la possession por ministerio de la Ley, sino es averse transferido desde la muerte de Doña Isabel de la Cantera su madre; porque como el acto veloz de la *Ley* 45. *de Toro* obra, sin que aya instante vacuo en que estè pendiente la possession, es preciso, y consiguiente en las decisiones de semejantes controversias, ceñir los instantes de la vacante, y de la translacion de la possession, para que no aya instante suspensivo, iuxt. text. in Leg. *fin. ff. commun. prædior.* Leg. *si vsusfructus* 26. *ff. de stipulat. servor.* D. Olea *de cess. iur. tit.* 3. *quæst.* 4. *num.* 14. D. Valentia *lib.* 3. *illustr. tract. tract* 4. *cap.* 2. D. Solorçan. *tom.* 2. *de iur. Indiar. lib.* 2. *cap.* 2. *num.* 35. Antunez *de donat. Reg. lib.* 1. *prælud.* 2. §. 2. *numer.* 138. *&* *cap.* 29. *num.* 70. cum D. Mol. Castill & alijs, Roxas *de incompatib. Maiorat.* 5. *part. capit.* 2. *numer.* 27. & ibi eius Add. Aguila.

12 Ademàs, que las sentencias no solo deciden aquello que expressamente determinan, sino es tambien aquello que presuponen, *& sine quibus procedere sententia nequit*, Leg. *à se toto, ff. de hæred. instit.* Gomez *in Leg.* 45. *Taur. numer.* 139. vers. *Item etiam quod virtualitèr*, Parlador. *lib.* 2. *rer. cotidianar. cap. fin.* §. 11. *ampl.* 4. *num.* 19. Gratian. *discept.* 323. *à numer.* 9. Escobar *de ratiocin. capit.* 33. *numer.* 19. D. Salgad. *de Reg. protect.* 4. *part. cap.* 9. *num.* 23. *& num.* 150. *cum seqq.*

13 Y la sentencia presupone expressamente, que la Memoria de Missas, en que succediò Don Diego Jo-

 seph

ſeph de Vrbina, la avia poſſeìdó legitimamente, y que vacò por muerte de Doña Iſabel Maria de la Cantera ſu madre.

14 Y aunque no lo dixera, lo decidia, porque lo preſuponia neceſſariamente, porque Don Pedro Antonio de la Cantera, muriò antes, que nacieſſe Don Diego Joſeph de Vrbina, y à no ſer capàz de ſucceder, y à no aver ſido legitima poſſeedora Doña Iſabel Maria de la Cantera, no ſe hallaba nacido varon alguno deſcendiente de Doña Antonia de Tersanga; y era preciſo que huvieſſe hecho tranſito la ſuccesſion, y huvieſſe transferido la Ley la poſſesſion à los deſcendientes de Joſeph de Murga, ſin que aunque *ex poſt facto* huviera nacido Don Diego Joſeph le pudieſſe aprovechar, vt docet D. Olea, Aguil. & Rox. *vbi ſupr.*

15 De eſta deciſsion, y Carta Executoria, ganada por Don Diego Joſeph de Vrbina en el juizio poſſeſſorio, reſulta quan legitima es la excepcion de coſa juzgada, que Doña Maria Prudencia ha opueſto contra Don Joſeph de Murga, la qual ſe halla reſervada para difinitiva, y en terminos de eſtimarſe por principal fundamento, para que ſe declare averſela transferido la poſſeſsion que pretende de la Memoria de Miſſas litigioſa, por concurrir las tres identidades de la Ley *cum quæritur cum 2. ſeqq. ff. de except. rei iudicat.* de quib. D. Salgad. *de Reg. protect. 4. part. cap. 9. à num. 9. & 1. part. Labyr. cap. fin. numer. 171. & 3. part. Labyr. capit. 1. numer.* 116. D. Mol. *lib. 4. de Hiſp. primog. capit. 8. numer.* 20. D. Valençuel. *conſ. 72. à numer. 5.* D. Valentia *lib. 2. illuſtr. tract. 2. cap. 5. à num. 1.*

16 Pues no ſe hallarà, que ſe queſtione en eſte juizio poſſeſſorio coſa alguna que no ſe halle decidida en aquel, como queda aſſentado, y lo difiniò el C. J. *in Leg. ſi quis cum tot. §. ſi Ancillam, ff. de except. rei iudic.* ibi: *Et quidem ita definiri poteſt totiens eandem rem agi, quotiens apud Iudicem poſteriorem id quæritur, quod apud primum quæſitum eſt:* & docent Valet. *de tranſact. tit. 5. quæſt. 2. numer.* 18. D. Paz

de Tenut. cap. 11. *numer.* 25. *& cap.* 23. *num.* 47. Carlev. *de Iudic. tit.* 2. *disp.* 5. *num.* 10. *& tit.* 3. *disp.* 17. *num.* 8.

17 Luego si en aquel litigio, el vnico motivo que tuvo para litigar Gaspar de Murga, en nombre de su hijo Don Joseph, era el qual por muerte de Don Pedro de la Cantera, no aviendo descendiente varon de Doña Antonia de Tertanga, avia llegado el caso de su substitucion; y esto se desestimò, decidiendo el que por muerte de Doña Isabel de la Cantera, avia succedido Don Diego Joseph de Vrbina, se estimò precisamente tambien, el qual por muerte de Don Pedro de la Cantera avia succedido Doña Isabel su hermana: Luego en el caso presente tenemos decision, possession, y vltimo estado de ser las hembras descendientes de Doña Antonia de Tertanga Salazar, capàzes de succeder en la Memoria de Missas litigiosa, *sic enim inveni Senatum censuisse.* Leg. *filius* 15. *ff. ad Leg. Cornel. de falsi.* Leg. 12. *Cod. de leg.*

18 Siendo por representacion la misma persona Doña Maria Prudencia, que su madre Doña Isabel de la Cantera, para el efecto de ser vna, y otra capàz de succeder, porque como en aquel pleyto que se litigiò con Don Diego Joseph, se ofreciò la question con Doña Isabel de la Cantera, que era la primera hembra de la linea de Doña Antonia de Tertanga, causò su decision vn derecho perpetuo, è invariable para las demàs hembras de la misma linea, como si todas huvieran litigado, ita Hector Æmilius *de iur. feud. cap.* 26. *numer.* 40. ibi: *Sicut in primogenito repræsentatur totum ius agnationis, ita in primo cognato masculo tota masculinitas cognatitia agit, vel patitur vincit, vel vincitur, & semel iudicatum ad omnes protenditur.* Iacobo de Nigris *de grad. success. cap.* 7. *numer.* 4. ibi: *Prolata sententia ex motivo, seu respectu agnationis non vincit agnatus, sed ipsamet agnatio.* D. Paz *de Tenut. cap.* 43. Noguerol *allegat.* 22. *numer.* 62. *& allegat.* 28. *numer.* 9. *& allegat.* 38. *numer.* 59. D. Molin. *lib.* 4. *de Hispan. primog. cap.* 8. *num.* 3. vbi Add.

D.

D. Salçed. *in Theatr. honor. gloss. 19. à numer. 13.*

19 Y aunque el señor Molin. en el lugar *sup. cit.* y sus Add. dudan en materia de Mayorazgos tenga lugar la excepcion de cosa juzgada, en fuerça de dilatoria; iuxt. text. in Cap. 1. *de litis cont. in 6.* y aconsejan que se reserve para difinitiva, como se halla reservada la que se ha opuesto por estas partes; pero al mismo passo defienden con los innumerables AA. que citan, el que en fuerça de peremptoria se estime por la *Ley 4. y 11. tit. 17. lib. 4. Recopilat.* y la sentencia vulgar de Cassiodor. *lib. 1. var. epist. 5.* ibi: *In immensum trahi non decet finita litigia, quæ enim dabitur discordantibus pax, si nec legitimis sententiis acquiescitur?*

20 Claro, y manifiesto parece, el que obsta excepcion de cosa juzgada en el juizio possessorio à Don Joseph de Murga, para el juizio de possession que oy intenta contra Don Rodrigo Agustin, y Doña Maria Prudencia su muger, pero no necessita esta derecho tan claro, y tan evidente para obtener, porque en qualquiera duda q̃ se ofrezca, debe vencer por ser de la misma linea, y hermana de el vltimo posseedor, la qual de los tres casos, *claro pro se dubio, & claro contra eam*, debe vencer en los dos primeros, ex Cap. 1. *de nat. success. feud.* ibi: *Ad solos, & ad omnes, qui ex ea linea sint, ex qua iste fuit*, Leg. 2. *tit. 15. part. 2.* vbi D. Gregor. Lop. D. Molin. *lib. 3. de Hispan. primog. cap. 4 à numer. 13.* vbi Add. *num. 41. & 42. qui non solum in filia, sed etiam pro sorore vltimi possessoris tenent, quod interim possidere debet, & cap. 6. numer. 29.* D. Castill. *5. controv. cap. 91. numer. 61. & cap. 92. num. 35.* D. Vel. *dissert. 49. num. 76.* D. Olea *tit. 3. de cess. iur. quæst. 4. numer. 15.* Pegas *cap. 4. var. numer. 17.* D. Valençuel. *cons. 93. numer. 11.* Roxas *de incompatib. Maiorat. 1. part. capit. 6. numer. 293.* D. Salçed. *in Theatro honor. gloss. 32. à numer. 106.* Torre *de Maiorat. Hisp. 1. part. cap. 5. numer. 29.* Em. Card. de Luc. *de lin. legal. artic. 8. num. 43.*

21 Porque como no se debe hazer transito de vna linea

nea

nea *ad aliam nisi finita prima linea, vel nisi adsit clara evidens, & notoria mens testatoris*, no debe postergarse, ni à la hija, ni à la hermana de el vltimo posseedor, que tiene à su favor todas las reglas de los Mayorazgos, sino es en caso de vna expressa voluntad. *§. inter filiam, si de feud. fact. fuer. controvers.* Roxas *dict. cap. 6. §. 12. à num.* 150. Bald. *cons.* 200. *num.*2. D. Molin. *dict. lib.*3. *cap.* 4. *num.* 44. *& cap.* 5. *num.*71. D. Larrea *decis.* 34. *num.*6.

22 Y aunque pudieramos, segun el contexto de todo el pleyto, assentar por clara, y evidente, la justicia que defendemos; pero siendo bastante para obtener, el que sea dudosa, tenèmos por cierto, que à vista de vna voluntad expressa de Juan de Tertanga, en que llama literalmente à las hijas de Doña Antonia de Tertanga, y à vista de vna Carta Executoria, en que està estimado ser capazes las hembras de succeder, no nos persuadimos que abrà alientos para assegurarse por la parte contraria, que el caso en que nos hallamos es claro contra la hermana de el vltimo posseedor, porque sin estàr extinguida la linea actual, y de substancia, aya de hazer transito la succesion à otra linea posterior.

23 Y mas quando todo el fundamento de la parte contraria, se reduce à vna violenta, y subtil interpretacion de la Clausula segunda de la Memoria, pues no obstante que en ella expressamente se dispone, que succedan en la Memoria, y Capellania los hijos, è hijas de Doña Antonia de Tertanga, se quiere interpretar con tal subtileza, que quiere que se adapte la succesion de los hijos para las Capellanias, y la de las hijas para la Memoria; cuya interpretacion, aun para vn texto el mas escabroso era violenta, y assi lo serà mucho mas para vn testador, *cuius loquela eum manifestum fecit*, pues la mala gramatica de la Clausula, acredita ser de aquellos Fundadores de quienes hablò el señor Molina *in præfat. sui op. num.* 5. para que no se ayan de interpretar semejantes Clausulas sino es de plano, ibi: *Præ-*

sertim si de hominis rudis ac penitus literaturum ignari, seu cito moribundi dispositione agatur in cuius voluntatis interpratatione, nihil incertius dici poterit, quam illud quod certissimum legum latores reputarunt.

24 De estos mismos hablò la Ley de Partida 5. *tit.* 33. *part.* 7. ibi; *Las palabras del fazedor del testamento deben ser entendidas llanamente, assi como ellas suenan, è no se debe el juzgador partir del entendimiento de ellas.*

25 Y de semejantes Fundadores hablò tambien el señor Perez de Lara *lib.* 2. *cap.* 1. *num.* 22. ibi: *Sed vellim advertas lector, quod sæpissimè contingit fieri ab hominibus imperitis literarum maximè fœminis anniversarium missarum, & vocant illud Cappellaniam.* Y de semejantes Fundadores no se puede hazer fundamento, quando ellos mismos excluyen tan delicada interpretacion; y para que quede desengañada la parte contraria, se ha de hallar convencido con la misma Clausula.

26 Dize, pues, en el principio de ella, que dispone se funde vna *Capellania*; passa mas adelante, y dize, que de esta *Memoria* sea *Patrono* Diego de Tertanga, y intenta la contraria distinguir la *Capellania* del *Patronato*; y diziendo el Fundador, que de esta *Memoria* sea *Patron* Diego de Tertanga, explica que por la palabra *Memoria*, entendiò la *Capellania*, y que fue lo mismo que dezir, que fuesse *Patrono* de la tal *Capellania* Diego de Tertanga, de que se infieren dos cosas, que en el concepto del testador eran synonomos estos dos terminos *Memoria*, y *Capellania*, y que lo mismo estimò por fundar *Memoria*, que por fundar *Capellania.*

27 Infierese lo segundo, que el Patronato lo tuvo por cosa distinta de la Memoria, y Capellania, pues constituyò Patronato de la misma Memoria, y Capellania.

28 Passa despues, y dize: *Que ayan de entrar en la Memoria, y Capellania el hijo, ò hijas de Doña Antonia de Tertanga*, y no dize en el *Patronato*: Luego este llamamien-

miento de los hijos , è hijas de Doña Antonia de Tertanga, ha de apelar precisamente sobre la Capellania , porque ò se refieran à la palabra *Memoria* , ò se refieran à la palabra *Capellania* , en el concepto del testador era vna misma cosa , y no se puede referir *singula singulis* , quando es vna misma cosa à lo que todo se puede referir , como mas bien està fundado en la alegacion escripta por Don Diego Joseph de Vrbina , dandose la verdadera , y real inteligencia à el llamamiento de Diego de Tertanga , con la calidad de ser Sacerdote,y à que no puede adelantar nuestra cortedad, lo que tan doctamente se halla fundado , y en cuya virtud obtuvo Don Diego Joseph , y esperamos se decida à favor de Doña Maria Prudencia.Salva,&c.

Doctor Don Rodulfo Arredondo Carmona.
Cathedratico de Visperas de Leyes.